

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2011.00293 vom 27. November 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-11-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_UV.2011.00293](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_UV.2011.00293)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2011.00293 du 27 novembre 2012

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2011.00293 del 27 novembre 2012

## Erwägungen

### E. 3

3.1???? Der Beschwerdeführer arbeitete seit dem 1. Februar 2000 bei der Y.\_\_\_\_ AG (Urk. 8/1). Überdies war er seit dem 10. Januar 1990 als Aushilfskellner im Restaurant A.\_\_\_\_, B.\_\_\_\_, tätig (Zwischenzeugnis des Restaurants A.\_\_\_\_ vom 12. Dezember 2006, Urk. 8/173/3). Die Arbeit als Aushilfskellner führte der Beschwerdeführer bis 2007 aus (Urk. 1 S. 5, Urk. 8/73 S. 1-2).

3.2???? Am 8. Dezember 2010 liess der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin einen Arbeitsvertrag mit der C.\_\_\_\_ GmbH vom 29. Januar 2008 einreichen (Urk. 8/173/1-2). Darin vereinbarten der Beschwerdeführer und die C.\_\_\_\_ GmbH, dass der Beschwerdeführer als Fahrer und Hilfsarbeiter eingestellt werde. Der Beginn des auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrages wurde auf den 3. März 2008 festgesetzt. Die Arbeitszeit sollte 40 Stunden pro Monat und das Pensum 25 % betragen. Als Salary wurden brutto Fr. 14'400.-- pro Jahr, welches in 12 Monatsbeträgen zu Fr. 1'200.-- ausbezahlt werde, vereinbart (Urk. 8/173).

### E. 4

4.1???? Aufgrund des Zusammentreffens von SUVA-Taggeld und der Invalidenrente der Eidg. Invalidenversicherung nahm die Beschwerdegegnerin am 26. Oktober 2010 für den Zeitraum vom 20. Februar 2008 bis 31. Oktober 2010 eine Überentschädigungsberechnung vor und ermittelte eine Überentschädigung von Fr. 35'047.80 (Urk. 8/168). Die betragsmässige Berechnung als solche blieb unbestritten. Der Beschwerdeführer stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass er durch die Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ GmbH einen Nebenverdienst erzielt hätte, weshalb von einem höheren mutmasslichen Verdienst auszugehen sei, was zur Folge habe, dass keine Überentschädigung resultiere (Urk. 1 S. 9-11). Die langjährige Tätigkeit als Aushilfskellner im Restaurant A.\_\_\_\_ hatte der Beschwerdeführer im Jahr 2007 aufgegeben. Eine Rückkehr wäre nicht in Frage gekommen, weil der Pächter des Restaurants gewechselt hatte und der neue Pächter den Beschwerdeführer nicht mehr beschäftigte (vgl. Urk. 8/73 S. 2). Ein Einkommen aus dieser Tätigkeit ist deshalb beim mutmasslichen Verdienst von vornherein nicht zu berücksichtigen.

4.2???? Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 15. September 2011 erwog die Beschwerdegegnerin, dass die angefragten Mitarbeiterinnen der Y.\_\_\_\_ AG angegeben hätten, in den Unterlagen betreffend den Beschwerdeführer sei nichts über ein Gesuch um Bewilligung einer zusätzlichen Erwerbstätigkeit enthalten. Nachdem ein solches Gesuch gemäss Angestelltenreglement schriftlich hätte eingereicht werden müssen, sei davon auszugehen, dass eine entsprechende Anfrage gar nie gestellt worden sei. Da es sich beim

beabsichtigten Nebenjob um ein relativ hohes Arbeitspensum (25 %) gehandelt hätte, welches der Beschwerdeführer neben seiner - noch dazu im Schichtbetrieb ausgeübten - Tätigkeit hätte bewerkstelligen müssen, könnte nicht davon ausgegangen werden, dass diese Arbeit bewilligt worden wäre. Auch wenn mit dem Nebenverdienst die gesetzliche Höchstarbeit von 50 Stunden/Woche nicht überschritten worden wäre, lasse dies nicht automatisch auf eine Bewilligung dieser Tätigkeit schliessen. Daraus, dass der Beschwerdeführer früher eine Nebentätigkeit ausgeübt habe, welche offenbar bewilligt worden sei, könnte nicht abgeleitet werden, dass auch der neue Nebenerwerb bewilligt worden wäre. Das Angestelltenreglement sei so zu verstehen, dass jede Nebenbeschäftigung einzeln beantragt und bewilligt hätte werden müssen. Zudem habe der Beschwerdeführer im Restaurant A.\_\_\_\_ als Kellner in den Jahren 2006 und 2007 pro Monat durchschnittlich 14 Stunden gearbeitet, was in keinem Vergleich zum Pensum von monatlich 40 Stunden, welches bei der C.\_\_\_\_ GmbH vorgesehen gewesen wäre, stehe (Urk. 2 S. 4-5).

4.3.3.3 Die Würdigung der aufgelegten Akten ergibt, dass die Nebentätigkeit bei der C.\_\_\_\_ GmbH bei korrekter Meldung an die Y.\_\_\_\_ AG von dieser nicht bewilligt worden wäre. Es erscheint plausibel, dass die Y.\_\_\_\_ AG dem Beschwerdeführer zwar eine Nebentätigkeit als Aushilfskellner bei einem zeitlichen Aufwand von 18 Stunden pro Monat bewilligt hat (vgl. Urk. 3/22), für eine Nebentätigkeit als Fahrer und Hilfsarbeiter im Umfang von 40 Stunden pro Monat aber keine Bewilligung erteilt hätte. Es bestand bereits aufgrund der zeitlichen Arbeitsbelastung eine grosse Differenz zwischen der bisherigen, von der Y.\_\_\_\_ AG bewilligten Tätigkeit als Aushilfskellner und der beabsichtigten Arbeit für die C.\_\_\_\_ AG. Die Y.\_\_\_\_ AG bestätigte im Einspracheverfahren mit Schreiben vom 24. August 2011 ausdrücklich, dass sie einer Nebentätigkeit des Beschwerdeführers in einem 25%-Pensum nicht zugestimmt hätte (Urk. 8/192). Zur Begründung werden das bestehende 100%-Pensum (Sollzeit 40-Stundenwoche) bei der Y.\_\_\_\_ AG, die Tätigkeit des Beschwerdeführers im Schichtbetrieb (Früh-/Spätschicht im Wechsel) und der Umstand, dass der Beschwerdeführer mit einem zusätzlichen Pensum von 25 % die gesetzliche Höchstarbeitszeit überschritten hätte, angeführt (Urk. 8/192). Daran ändert der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer die gesetzliche Arbeitszeit nicht überschritten, sondern nur knapp - d.h. um rund eine Stunde - unterschritten hätte. Im Allgemeinen kann ein Verstoß gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers etwa dann gegeben sein, wenn dessen Nebenbeschäftigung einen solchen Umfang annimmt, dass er dadurch in seiner Leistungsfähigkeit herabgesetzt wird und er deshalb ausserstande ist, seine Arbeitspflicht voll zu erfüllen (Portmann, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., 2011, N 21 zu Art. 321a OR). Im Angestelltenreglement der Y.\_\_\_\_ AG, welches ab 1. Oktober 1991 gültig war, ist auf Seite 13 zudem ausdrücklich vorgesehen, dass eine Nebenbeschäftigung (nur) bewilligt werden könnte, wenn keine Beeinträchtigungen der Leistungen des Mitarbeiters zu befürchten sind (Urk. 8/176). Da der Beschwerdeführer mit der nicht bewilligten Ausübung der Nebentätigkeit für die C.\_\_\_\_ GmbH somit seine Treuepflicht gegenüber der Y.\_\_\_\_ AG verletzt hätte, ist nicht davon auszugehen, dass er seine Stelle bei der C.\_\_\_\_ GmbH auch tatsächlich angetreten hätte, weshalb die allfälligen Einkünfte aus dieser Nebentätigkeit nicht als zusätzlicher mutmasslich entgangener Verdienst im Sinne von Art. 69 Abs. 2 ATSG angesehen werden können.

3.3.3.3 Es schadet im übrigen nicht, dass die Y.\_\_\_\_ AG erst auf Anfrage der Beschwerdegegnerin hin erklärte, sie hätte ihre Bewilligung für die beabsichtigte Tätigkeit

bei der C.\_\_\_\_ GmbH nicht erteilt. Denn wie die Beschwerdegegnerin auch hatte sie zuvor gar keine Kenntnis von der beabsichtigten Nebentätigkeit. Der Arbeitsvertrag mit der C.\_\_\_\_ GmbH vom 29. Januar 2008 wurde erst aufgelegt, nachdem die Beschwerdegegnerin am 23. November 2010 (Urk. 8/169) eine Rückforderung wegen Überberechtigung angefordert hatte. Zuvor hatte der Beschwerdeführer - wie die Beschwerdegegnerin zutreffend festgehalten hatte (Beschwerdeantwort, Urk. 7 S. 4) - nie von einer Nebenbeschäftigung gesprochen, und diejenige als Kellner wurde erstmals mit dem Feststellungsblatt der IV-Stelle vom 16. Dezember 2008 (Urk. 8/73) aktenkundig. Hatte die Y.\_\_\_\_ AG aber keine Kenntnis von der beabsichtigten neuen Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_ GmbH, konnte sie sich dazu vor dem Unfallereignis vom 20. Februar 2008 auch nicht äussern.

4.4.4. Der Beschwerdeführer wendet mit Hinweis auf das Mitarbeiterreglement 2003 (Urk. 8/189) der Y.\_\_\_\_ AG ein, dass für ihn weder eine vertragliche noch eine reglementarische Pflicht bestanden hätte, aufgrund derer er bei der Y.\_\_\_\_ AG bezüglich einer Nebenerwerbstätigkeit hätte um Erlaubnis bitten müssen (Urk. 1 S. 8). Der vom 1. Oktober 1991 datierten ersten Ausgabe des Angestelltenreglements der Y.\_\_\_\_ AG ist auf S. 13 unter Ziff. 12.2 zu entnehmen, dass den Mitarbeitern auf Gelderwerb gerichtete Nebenbeschäftigungen grundsätzlich nicht gestattet sei. Ausnahmen könnten bewilligt werden, wenn keine Beeinträchtigung der Leistung des Angestellten in der Firma zu befürchten sei. Gesuche um Bewilligung einer zusätzlichen Erwerbstätigkeit seien über den Vorgesetzten dem Personalchef schriftlich einzureichen (Urk. 8/176). Der Beschwerdeführer argumentiert, dass das neue Mitarbeiterreglement 2003 alle früheren Bestimmungen, somit auch das Angestelltenreglement vom 1. Oktober 1991, ersetzt habe (Urk. 1 S. 8). Er kann aus dem Argument, dass das neue Mitarbeiterreglement 2003 keine explizite Normierung zur Bewilligung von Nebenbeschäftigungen mehr enthalte, indes nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Mitarbeiterreglement 2003 sieht in den Schlussbestimmungen (§8.2 Gültigkeit) des Kapitels Allgemeine Anstellungsbedingungen nämlich vor, dass in Fällen, die durch dieses Reglement nicht eindeutig geregelt seien, die Geschäftsleitung entscheidet. Sonderabmachungen zwischen der Y.\_\_\_\_ AG und ihren Mitarbeitern werden in schriftlicher Form festgehalten (S. 12 des Reglements). Gleiches gilt für die Schlussbestimmungen des Kapitels Reglement: Ferien, Urlaub, Feiertag, Absenzen (S. 17 des Reglements) und des Kapitels Reglement: Flexible Arbeitszeit (S. 24 des Reglements). Bei einer Regelungslücke hätten sich die Mitarbeiter also an die Geschäftsleitung zu wenden. Die Y.\_\_\_\_ AG liess im Einspracheverfahren mit Schreiben vom 24. August 2011 mitteilen, dass das Anstellungsreglement von 1991 für die Mitarbeitenden mit Eintritt vor Juli 2002 immer noch Gültigkeit habe. Bei Mitarbeitenden die nach Juli 2002 eingetreten seien, sei der Passus betreffend Nebenbeschäftigung direkt im Vertrag aufgehört worden und sei daher in der Neuauflage des Mitarbeiterreglementes im Jahr 2003 weggelassen worden (Urk. 8/192). Diese Ausführungen sind plausibel. Es erscheint unwahrscheinlich, dass die seit 1991 angewendete Regelung zur Nebenbeschäftigung der Mitarbeiter mit Einführung des neuen Reglements im Jahre 2003 einfach ersatzlos aufgehoben wurde, schliesslich war - wie sich nur schon am Beispiel der damaligen Nebentätigkeit des Beschwerdeführers als Aushilfskellner im Restaurant A.\_\_\_\_ und deren Bewilligung durch die Y.\_\_\_\_ AG zeigt - bei der Y.\_\_\_\_ AG in diesem Bereich tatsächlich Regelungsbedarf vorhanden.

4.5???? Der Beschwerdef?hrer macht schliesslich geltend, dass ihm bei seiner Anstellung bei der Y.\_\_\_\_ AG im November 1999 (per 1. Februar 2000) die Bewilligung zur Weiterf?hrung seiner damaligen Nebent?tigkeit im Restaurant A.\_\_\_\_ im einem zeitlichen Umfang von ca. 18 Stunden pro Monat erteilt worden sei (Urk. 3/22). Genau aufgrund dieses Umstands musste der Beschwerdef?hrer davon ausgehen, dass auch eine neue Nebent?tigkeit der Bewilligung der Y.\_\_\_\_ AG bedurfte.

4.6???? Nach dem Gesagten kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdef?hrer ohne Unfall bei der C.\_\_\_\_ GmbH ab dem 3. M?rz 2008 ein Nebeneinkommen erzielt h?tte, weshalb ein solches Nebeneinkommen bei der ?berentsch?digungsberechnung nicht als mutmasslich entgangener Verdienst im Sinne von Art. 69 Abs. 2 ATSG zu ber?cksichtigen ist. Damit erweist sich die ?berentsch?digungsberechnung vom 26. Oktober 2010 (Urk. 8/168) als korrekt und die am 6. Juni 2011 (Urk. 8/180) verf?gte und mit Einspracheentscheid vom 15. September 2011 (Urk. 2) best?tigte R?ckforderung von Fr. 35'047.80 als rechtm?ssig.

5.????? Diese Erw?gungen f?hren zur vollumf?nglichen Abweisung der Beschwerde.

Das Gericht erkennt:

1.???????? Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.???????? Das Verfahren ist kostenlos.

3.???????? Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanw?ltin Dr. Cristina Schiavi
- Rechtsanwalt Dr. Beat Frischkopf
- Bundesamt f?r Gesundheit

4.???????? Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes ?ber das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht w?hrend folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

???????? Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

???????? Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begr?ndung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdef?hrers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in H?nden hat (Art. 42 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht ver?ffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.